

# De liquidatiereserve : aard, besluitvorming, vennootschapsbelang en aandeelhouders-gelijkheid

Sofie Cools<sup>(1)</sup>

**1. Inleiding.** Met de liquidatiereserve, ook wel VVPR-ter genoemd, creëerde de regering-Michel een populaire techniek om de verdeling van winsten fiscaal te optimaliseren. Deze werd in de rechtsleer reeds uitgebreid belicht vanuit fiscaalrechtelijke en boekhoudkundige hoek. Aan de vennootschapsrechtelijke aspecten werd tot dusver amper aandacht besteed. Toch blijken in de praktijk twijfels te bestaan over de vraag welke vennootschapsrechtelijke categorie van reserve de liquidatiereserve vormt, de vraag welk orgaan bevoegd is om te besluiten tot de aanleg van de liquidatiereserve en de betaling van de daarmee gepaard gaande heffing en de vraag of een dergelijk besluit wel het vennootschapsbelang dient. In ettelijke vennootschappen bestaan er ook scherpe belangen-tegenstellingen tussen de aandeelhouders onderling, wat fundamentele én praktische vragen oproept in verband met de gelijkberechtiging van aandeelhouders. Na een beknopte uiteenzetting van de verschillende verschijningsvormen van de liquidatiereserve, toetst dit artikel achtereenvolgens elk van deze kwesties af aan het positieve Belgische vennootschapsrecht. Het sluit af met een aantal mogelijke, nog verder te onderzoeken denkpistes om eventuele ongelijkheden tussen aandeelhouders weg te werken.

## 1. De verschillende soorten liquidatiereserves

**2. De interne vereffening (art. 537 WIB).** De voorloper van de liquidatiereserve was de zogenaamde

‘interne vereffening’. Deze werd ingevoerd als overgangsmaatregel bij de verhoging van de roerende voorheffing op de liquidatiebonus van 10 % naar 25 % vanaf 1 oktober 2014<sup>(2)</sup>. Zij die hun vennootschap niet nog snel wilden of konden vereffenen, konden dankzij deze maatregel de hogere voorheffing alsnog vermijden voor reeds bestaande en belaste reserves. Daartoe moesten ze deze reserves uitkeren tegen een (verlaagde) roerende voorheffing van 10 % en ze onmiddellijk, en nog tijdens het belastbaar tijdperk dat afsloot vóór 1 oktober 2014<sup>(3)</sup> (meestal dus boekjaar 2013), incorporeren in het kapitaal<sup>(4)</sup>. Deze bedragen kunnen ze belastingvrij uitkeren na een wachttermijn van vier jaar voor kleine vennootschappen, en acht jaar voor grote vennootschappen. Indien het kapitaal voordien werd of wordt verminderd, wordt de uitkering beschouwd als een dividend, waarvoor een bijkomende heffing van 15 % (vanaf 1 januari 2016 wellicht 17 %<sup>(5)</sup>), 10 % of 5 % verschuldigd was naargelang het ogenblik van de uitkering<sup>(6)</sup>. De overgangsmaatregel gold enkel voor reserves die ten laatste op 31 maart 2013 door de algemene vergadering waren goedgekeurd. In de praktijk was aan die voorwaarde meestal laatst voldaan voor boekjaar 2011 (aanslagjaar 2012) en, wat boekjaren betreft die niet samenvallen met het kalenderjaar, vaak nog boekjaar 2011-2012 (aanslagjaar 2012).

**3. De jaarlijkse of gewone liquidatiereserve (art. 184<sup>quater</sup> WIB).** Met de mogelijkheid tot interne vereffening was het protest tegen de belastingverho-

- 
1. Senior Research Fellow Max Planck Institute for Comparative and Private International Law; S.J.D. candidate Harvard Law School; Vrijwillig medewerker Jan Ronse Instituut KU Leuven. De auteur dankt Filip Hendrickx (CBN), Joeri Vananroye en Henk Verstraete voor hun gewaardeerde opmerkingen.
  2. Deze verhoging volgt uit de opheffing van art. 269, 5° WIB door art. 5 Programmawet 28 juni 2013, *BS* 1 juli 2013.
  3. Art. 7, derde lid Programmawet 28 juni 2013, *BS* 1 juli 2013.
  4. Zie CBN-advies nr. 2013/17 van 27 november 2013, De boekhoudkundige verwerking met betrekking tot de toepassing van de overgangsregeling zoals vermeld in artikel 537 WIB 92.
  5. Op het ogenblik van dit schrijven is nog geen wetsontwerp ingediend in het parlement dat uitvoering geeft aan de betreffende ‘tax shift’-maatregelen die werden aangekondigd in de zomer van 2015.
  6. Art. 537 WIB, ingevoerd door art. 6 Programmawet 28 juni 2013, *BS* 1 juli 2013.

ging voor liquidatieboni nog niet geluwd. Vele zelfstandigen hadden er jarenlang op vertrouwd later (doorgaans bij hun pensioen) de reserves die ze in hun vennootschap hadden opgebouwd aan een tarief van 10 % te kunnen uitkeren. Om aan hun verzuchtingen tegemoet te komen<sup>(7)</sup>, maakte de wetgever eind 2014 de overgangsmaatregel permanent voor de winsten vanaf aanslagjaar 2015<sup>(8)</sup>, zij het in de soepele vorm van een 'liquidatiereserve' en met bijkomende beperkingen. De versoepeling bestond erin dat er geen uitkering en onmiddellijke kapitaalverhoging (voor de notaris in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid) vereist is. De liquidatiereserve kan eenvoudig worden aangelegd door de boekhoudkundige winst na belasting van het boekjaar<sup>(9)</sup> over te boeken naar één of meer bijzondere passiefrekening(en)<sup>(10)</sup> en bij de aangifte in de vennootschapsbelasting een opgave te voegen voor een afzonderlijke aanslag in een anticipatieve heffing van 10 %<sup>(11)</sup>. Anders dan de interne vereffening, is de liquidatiereserve voorbehouden voor kleine vennootschappen in de zin van art. 15 W.Venn. De regering rechtvaardigt dit verschil in behandeling met het argument dat KMO's moeilijker toegang hebben tot financiering dan grote vennootschappen en daarom ondersteuning van hun autofinanciering verdienen<sup>(12)</sup>.

Wordt de liquidatiereserve uitgekeerd als liquidatiebonus, dan is geen roerende voorheffing of personenbelasting meer verschuldigd<sup>(13)</sup>. De enige belasting bestaat dus in de anticipatieve heffing, die wordt berekend op het bedrag dat voor dat boekjaar als liquidatiereserve geboekt werd en niet in mindering komt van het gereserveerde bedrag. Zij bedraagt dus 10 EUR op 110 EUR of 9,09 % van de winst na vennootschapsbelasting. Als gevolg van de tijds waarde van geld kan de belastingdruk op liquidatieboni via de anticipatieve heffing echter nog altijd hoger oplopen dan de vroegere 10 % roerende voorheffing, die pas bij de uitkering verschuldigd was. Na 20 jaarlijkse heffingen van 1.000 EUR (voor een totale liquidatie-

reserve van 200.000 EUR) en met een interestvoet van 4 % is de vennootschap zelfs 29.778 EUR kwijt aan heffingen en mislopen (samengestelde) interesten<sup>(14)</sup>. Dat is vergelijkbaar met een roerende voorheffing van 13,5 % bij een gewone uitkering na 20 jaar<sup>(15)</sup>, m.a.w. meer dan onder het oude regime, maar nog altijd beduidend minder dan de huidige roerende voorheffing van 25 %<sup>(16)</sup> (vanaf 1 januari 2016 wellicht 27 %). Dit bedrag stijgt wel exponentieel met de jaren.

Mogelijks belangrijker voor de praktijk is de uitkering van de liquidatiereserve als dividend. Bij een dergelijke uitkering moet de vennootschap wel aanvullend een roerende voorheffing inhouden van 15 % (vanaf 1 januari 2015 wellicht 17 %) als dat gebeurt binnen vijf jaar vanaf de laatste dag van het belastbaar tijdperk waarin de liquidatiereserve is aangelegd en van 5 % als dat later is<sup>(17)</sup>. Een uitkering tegen een roerende voorheffing van 5 % of zelfs 15 %, bovenop de anticipatieve heffing, is nog steeds gunstiger dan een gewone dividenduitkering tegen 25 % (of zelfs 27 %) roerende voorheffing. Bij een roerende voorheffing van 5 % bedraagt de totale belastingdruk "slechts" 13,64 % (= 10+5 op 110) en bij een roerende voorheffing van 15 % is dat 22,73 % (= 10+15 op 110), terwijl bij een snelle uitkering de (in vergelijking met een roerende voorheffing) gemiste interesten op de heffing beperkt blijven, zeker aan de huidige interestvoeten. De nieuwe regeling mildert dus niet alleen de belasting op liquidatieboni, maar verlaagt vooral ook de roerende voorheffing op dividenden van kleine ondernemingen<sup>(18)</sup>. Aldus introduceert zij a.h.w. een VVPR-ter-regeling, (die flexibeler en na vijf jaar ook gunstiger is dan de VVPR-bis-regeling<sup>(19)</sup> en) die moeilijk te verklaren valt als manier om de autofinanciering te stimuleren<sup>(20)</sup>.

**4. De bijzondere liquidatiereserve (art. 541 WIB).** Tussen het temporele toepassingsgebied van de interne vereffening en dat van de gewone liqui-

7. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 672/1, 13.

8. Art. 50, tweede lid Programmawet 19 december 2014, *BS* 29 december 2014.

9. In de Kamercommissie sprak de Minister immers van code 9905 in de modellen van de jaarrekening (Vraag van mevrouw Veerle Wouters aan de minister van Financiën over "de aanleg van wettelijke en liquidatiereserves" (nr. 2475), *Hand.* Kamer - Commissie voor de Financiën en de Begroting 2014-15, 25 februari 2015, 54-55).

10. Zie CBN-advies nr. 2015/2 van 13 mei 2015, Boekhoudkundige verwerking van de liquidatiereserve (Programmawet van 19 december 2014) en de afzonderlijke aanslag op deze liquidatiereserve.

11. Artt. 184<sup>quater</sup> en 219<sup>quater</sup> WIB 92, ingevoerd door artt. 44 en 48 Programmawet 19 december 2014, *BS* 29 december 2014.

12. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 672/1, 13-14.

13. Art. 21, 11° WIB, ingevoerd door art. 41 Programmawet 19 december 2014, *BS* 29 december 2014.

14. Berekening van de toekomstige waarde van een postnumerando annuïteit :  $1000 \times [(1 + 0,04)^{20} - 1] / 0,04$ .

15. 29.778 EUR gedeeld door 220.000 EUR (waarvan 200.000 EUR liquidatiereserve en 20.000 EUR heffing).

16. Art. 269, § 1, 1° WIB.

17. Art. 269, § 1, 8° WIB. Indien de dividenduitkering niet de gehele liquidatiereserve beslaat, dan wordt ze eerst aangerekend op de oudste liquidatiereserves (art. 184<sup>quater</sup>, vijfde lid WIB).

18. Opmerking van de Inspectie van Financiën, weergegeven in het Advies van de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 672/1, 184.

19. Art. 269, § 2 WIB. Zie C. VAN BIERVLIET, "Tarief voor dividenden kmo's daalt tot 22,73 % of 13, 64 %", *Fisc.Act.* 2014, afl. 43, 18-19; A.M. VANDEKERKHOFVE en F. DEBELVA, "De liquidatiereserve : een permanent gunstregime voor liquidatieboni én dividenden", *Fisc. Act.* 2014, afl. 39, (1) 4.

20. A. EL JILALI en N. BISSCHOP, "La réserve de liquidation : retour à la raison ?", *C&FP* 2015, afl. 4, (2) 4.

datiereserve was er een hiaat voor de winsten van aanslagjaren 2013 en 2014. Om dat te verhelpen<sup>(21)</sup>, kwam de wetgever in 2015 op de proppen met de 'bijzondere liquidatiereserve' voor de boekhoudkundige winst na belasting van de genoemde twee aanslagjaren in kleine vennootschappen. Voorwaarde is wel dat de algemene vergadering er destijds een bestemming als reserve (of overgedragen winst<sup>(22)</sup>) aan heeft gegeven en dat de bedragen nog steeds als zodanig geboekt zijn bij het begin van het boekjaar waarin de anticipatieve heffing wordt betaald. Door deze bedragen over te boeken naar een afzonderlijke passiefrekening<sup>(23)</sup>, een afzonderlijk aangifteformulier<sup>(24)</sup> in te dienen voor een anticipatieve heffing van 10 % en deze heffing spontaan te betalen, kan worden vermeden dat bij vereffening op de liquidatiebonus nog roerende voorheffing of personenbelasting verschuldigd zal zijn<sup>(25)</sup>. Indien de bedragen worden uitgekeerd als dividend, moet bijkomend dezelfde roerende voorheffing en dezelfde personenbelasting betaald worden als bij de gewone liquidatiereserve<sup>(26)</sup>. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de bedoeling van de wetgever er oorspronkelijk in bestond dat vennootschappen de bijzondere liquidatiereserve in twee stappen opbouwen, nl. een eerste keer in 2015 voor de inkomsten van aanslagjaar 2013, en dan nog eens in 2016 voor aanslagjaar 2014<sup>(27)</sup>. Daar de wet dat niet vereist, en zoals bevestigd naar aanleiding van een parlementaire vraag<sup>(28)</sup>, kon het ook in één enkele beslissing in 2015<sup>(29)</sup>. Ten laatste op 30 november 2015 resp. 2016 moe(s)t de vennootschap de heffing op de betrokken bijzondere liquidatiereserve betalen<sup>(30)</sup>. Voor de liquidatiereserve voor aanslagjaar 2013 kondigde de fiscus een administratieve tolerantie aan tot en met 15 december 2015<sup>(31)</sup>.

## 2. Categorie van reserve

**5. Geen afzonderlijke categorie.** Zowel voor de gewone als voor de bijzondere liquidatiereserve schrijft de wet voor dat deze op "één of meer afzonderlijke rekeningen van het passief" wordt geboekt<sup>(32)</sup>, zonder te verduidelijken om welke categorie van reserves het daarbij gaat. In het verkorte noch in het volledige model van jaarrekening van de Nationale Bank vindt men een nieuwe categorie van reserves terug naast de reeds bestaande wettelijke, onbeschikbare, belastingvrije en beschikbare reserves. In de Kamercommissie verklaarde de minister van Financiën in elk geval dat de liquidatiereserve mag worden aangelegd onder de vorm van een wettelijke reserve en dat het van ondergeschikt belang is onder welke passiefrekening ze wordt aangelegd<sup>(33)</sup>. De afzonderlijke rekening van het passief waarop ze moet worden geboekt, kan dus zeker een subrekening zijn van één bestaande categorie, nl. de wettelijke reserve. Er bestaat twijfel of dat ook geldt voor de andere categorieën van reserves<sup>(34)</sup>.

De onbeschikbare reserve voor bv. eigen aandelen en de belastingvrije reserve lenen zich in ieder geval niet goed voor een liquidatiereserve. Deze worden immers aangelegd naar aanleiding van specifieke transacties en niet bij de winstbestemming (en kunnen weer verdwijnen, bv. bij vernietiging van de eigen aandelen<sup>(35)</sup>, in welk geval de anticipatieve heffing een maat voor niets was) en het is omstreven of een liquidatiereserve achteraf naar een onbeschikbare reserve overgeboekt kan worden zonder de onaantastbaarheidsvoorwaarde te schenden<sup>(36)</sup>. Niets lijkt er zich echter tegen te verzetten dat de liquidatiereserve wordt aangelegd onder de vorm van een beschikbare reserve, zoals de Commissie voor

21. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 1125/1, 92.
22. Vraag van mevrouw Veerle Wouters aan de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude, over "de bijzondere liquidatiereserve" (nr. 6134), *Hand. Kamer - Commissie voor de Financiën en de Begroting* 2014-15, 28 oktober 2015, 29-30.
23. De bijzondere liquidatiereserve kan worden aangelegd ofwel door overboeking binnen het eigen vermogen, ofwel door te putten uit het resultaat van het lopende boekjaar : CBN-advies 2015/6 van 30 september 2015, Boekhoudkundige verwerking van de liquidatiereserve bedoeld in artikel 541 WIB 92 (Programmawet van 10 augustus 2015) en de bijzondere aanslag op deze liquidatiereserve.
24. Zie KB 18 september 2015 tot vaststelling van de modellen van de aangifteformulieren voor de bijzondere aanslag bedoeld in artikel 541 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992.
25. Art. 541 WIB, ingevoerd door art. 82 Programmawet van 10 augustus 2015, *BS* 25 september 2015.
26. Artt. 171, 3<sup>o</sup> septies en 269, § 1, 8<sup>o</sup> WIB voor personenbelasting en roerende voorheffing respectievelijk.
27. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 1125/1, 94.
28. Samengevoegde vragen van mevrouw Carina Van Cauter en mevrouw Veerle Wouters aan de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude, over "de bijzondere liquidatiereserve" (nrs. 7328 en 7426), *Hand. Kamer - Commissie voor de Financiën en de Begroting* 2014-15, 25 november 2015, 12.
29. Zie P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "Liquidatiereserve : retroactieve uitbreiding naar aj. 2013 en 2014", *Fiscoloog* 2015, afl. 1433, 4.
30. Art. 541, § 1, 2<sup>o</sup> en § 2, 2<sup>o</sup> WIB.
31. Bericht FOD Financiën van 23 november 2015, beschikbaar op <http://financien.belgium.be/nl/Actueel/bijzondere-liquidatiereserve-uiteerste-aangifte-%C3%A9n-betaaltermijn-administratieve-tolerantie>.
32. Art. 184<sup>quater</sup>, tweede lid en 541, § 1 *in initio* en § 2 *in initio* WIB.
33. Vraag van mevrouw Veerle Wouters aan de minister van Financiën over "de aanleg van wettelijke en liquidatiereserves" (nr. 2475), *Hand. Kamer - Commissie voor de Financiën en de Begroting* 2014-15, 25 februari 2015, 54-55.
34. A.M. VANDEKERKHOVE, "Liquidatiereserve kan onder de vorm van wettelijke reserve", *Fisc. Act.* 2015, afl. 8, 1-4.
35. Artt. 325, § 1 en 623, tweede lid W.Venn.
36. F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, "De liquidatiereserve : de addertjes onder het gras", *Fisc. Act.* 2014, afl. 43, 7-11.

Boekhoudkundige Normen (CBN) overigens doet in alle voorbeelden in haar adviezen over de gewone en de bijzondere liquidatiereserve. De (fiscaalrechtelijke) onaantastbaarheidsvoorwaarde vereist dus niet dat de liquidatiereserve als een (vennootschapsrechtelijk) onbeschikbare reserve wordt geboekt, zoals men soms in de praktijk ziet gebeuren. Wel vermindert het voordeel van de (mogelijks 'beschikbare') liquidatiereserve wanneer ze uitgekeerd wordt (doordat roerende voorheffing verschuldigd is; zie nrs. 3 en 4) en gaat het helemaal verloren wanneer de onaantastbaarheidsvoorwaarde geschonden wordt zonder dat er enige uitkering aan te pas komt (bv. door een aanzuivering van verliezen)<sup>(37)</sup>.

### 3. Het bevoegde orgaan

**6. Vraagstelling.** De interne vereffening deed nog geen bevoegdheidsvragen rijzen, doordat zij berustte op een combinatie van twee bestaande figuren, de dividenduitkering en de kapitaalverhoging, waarvoor de bevoegdheid van de algemene vergadering buiten kijf staat. De aanleg van een liquidatiereserve en de betaling van een anticipatieve heffing zijn echter nieuw. De bevoegdheidsvraag is niet bijzonder acuut bij de gewone liquidatiereserve, doordat deze wordt aangelegd op het ogenblik van de winstbestemming, uit de winst van het besproken boekjaar, nog vóór de heffing verschuldigd is<sup>(38)</sup>. In de praktijk kan de algemene vergadering bij de resultaatsbestemming gemakkelijk mee beslissen over het soort reserve dat wordt aangelegd. Voor de bijzondere liquidatiereserve dringt de bevoegdheidsvraag zich veel sterker op. De betaling van de heffing en de bijzondere aangifte moe(s)ten immers reeds in de loop van het boekjaar van de bijzondere aanslag (ten laatste op 15 december 2015 en 30 november 2016; zie nr. 4) worden gedaan, zodat de beslissing niet zonder meer kan worden uitgesteld tot de jaarvergadering<sup>(39)</sup>. De CBN geeft uitdrukkelijk aan zich niet over de bevoegdheidsvraag uit te spreken in haar advies over de bijzondere liquidatiereserve<sup>(40)</sup>.

**7. Bevoegdheid voor de gewone liquidatiereserve.** Uit de vaststelling dat de beslissing over de gewone liquidatiereserve deel uitmaakt van de

resultaatverwerking leiden een aantal auteurs af dat het gaat om een prerogatief van de algemene vergadering<sup>(41)</sup>. Deze conclusie strookt met het bestaande recht inzake de bevoegdheidsverdeling binnen vennootschappen, dat in het algemeen de algemene vergadering bevoegd maakt voor materies waarbij het bestuursorgaan inherent eigen belangen zou hebben die niet rijmen met het vennootschapsbelang<sup>(42)</sup>. Dat is het geval bij dividenden omdat de uitstroom van geld de financiële bewegingsruimte en de machtsfeer van bestuurders inperkt en ook het disciplinerende effect van de kapitaalmarkt aanscherpt, daar de vennootschap die na dividenduitkeringen sneller zal moeten aanspreken om nieuwe projecten te financieren<sup>(43)</sup>. De aanleg van een liquidatiereserve komt daarbij zeer dicht in de buurt. Ze determineert immers de hoogte van het dividend en creëert ook een *incentive* om de bedragen in de vennootschap te houden. Bovendien kunnen de reserves niet tot grondslag dienen van enige beloning of toekenning<sup>(44)</sup>, bv. aan de bestuurders zelf. De tegengestelde belangen die binnen de algemene vergadering kunnen bestaan bij de aanleg van een liquidatiereserve (zie nr. 13) vormen geen bezwaar tegen haar bevoegdheid. Een eventuele verschuiving van de beslissingsmacht naar het bestuursorgaan brengt geen zoden aan de dijk, omdat dit orgaan - zoals net uiteengezet - zelf ook door een belangenconflict getroffen is en bovendien vaak gedomineerd wordt door een meerderheidsaandeelhouder.

Tegen de kwalificatie als winstbestemming zou men kunnen inbrengen dat de liquidatiereserve een zuiver fiscale constructie is die voor het vennootschapsrecht geen verschil uitmaakt. Zoals boven (nr. 5) reeds uiteengezet, vormt zij boekhoudkundig en vennootschapsrechtelijk geen afzonderlijke categorie van reserves, maar is zij terug te vinden op subrekeningen binnen de bestaande categorieën. Bovendien zijn die subrekeningen niet opgenomen in de modellen (van de Nationale Bank) van de jaarrekening, zoals die gewoonlijk aan de algemene vergadering wordt voorgelegd. De boeking op een (zelfs niet in de jaarrekening geëxpliciteerde) subrekening staat de bevoegdheid van de algemene vergadering echter niet in de weg. De algemene vergadering moet dan

37. P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "De saga rond belastingheffing op winstuitkeringen duurt voort", *TEP* 2015, (83) 86.

38. Zie memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 672/1, 14.

39. W. VANDENBERGHE, "Bijzondere liquidatiereserve : CBN stelt twee boekingswijzen voor", *Fisc. Act.* 2015, afl. 36, (1) 4.

40. CBN-advies 2015/6 van 30 september 2015, Boekhoudkundige verwerking van de liquidatiereserve bedoeld in artikel 541 WIB 92 (Programmawet van 10 augustus 2015) en de bijzondere aanslag op deze liquidatiereserve, vn. 14.

41. A. EL JILALI en N. BISSCHOP, "La réserve de liquidation : retour à la raison ?", *CEFP* 2015, afl. 4, (2) 10; W. VANDENBERGHE, "Bijzondere liquidatiereserve : CBN stelt twee boekingswijzen voor", *Fisc. Act.* 2015, afl. 36, (1) 4. Voorzichtiger : P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "De saga rond belastingheffing op winstuitkeringen duurt voort", *TEP* 2015, (83) 85.

42. S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta (Biblo), 2015, 15-206.

43. *Ibid.*, 315-317.

44. Dit is de boven (in nr. 5) besproken onaantastbaarheidsvoorwaarde van art. 184<sup>quater</sup>, derde lid WIB.



gewoon een dubbele toewijzing doen : ten eerste aan de boekhoudkundige hoofdcategorie en ten tweede aan de fiscaalrechtelijke subcategorie<sup>(45)</sup>. Deze laatste toewijzing zal een uitdrukkelijke resolutie vergen als zij niet duidelijk blijkt uit de jaarrekening die de algemene vergadering heeft goedgekeurd<sup>(46)</sup>.

**8. Bevoegdheid voor de bijzondere liquidatiereserve.** De praktische bekommernis dat een bijzondere liquidatiereserve niet tot de jaarvergadering kan wachten, kan geen reden zijn om tot een andere bevoegdheidstoeewijzing te besluiten dan voor de gewone liquidatiereserve. Het feit dat de vennootschap voor de bijzondere liquidatiereserve uit bestaande reserves put en niet uit de te bestemmen winst evenmin. Indien men aanneemt dat de aanleg van een gewone liquidatiereserve een bevoegdheid is van de algemene vergadering en niet één van het bestuursorgaan (nadat de algemene vergadering de bedragen zonder verdere specificatie aan een bestaande categorie van reserves heeft toegewezen), dan maakt het feit dat de toewijzing aan de reserve reeds vroeger gebeurde geen verschil uit. Er wordt eenvoudigweg een nieuwe bestemming gegeven aan die reserves, wat evengoed een bestemming is van het resultaat.

**9. Chronologie bij de bijzondere liquidatiereserve.** Aangezien de anticipatieve heffing reeds tegen eind november 2015 resp. 2016 moe(s)t worden betaald, moe(s)t voordien een algemene vergadering beslissen tot de aanleg van een bijzondere liquidatiereserve. Door de betaling van de anticipatieve heffing geeft de vennootschap immers uitvoering aan een beslissing in die zin, op een manier die niet meer ongedaan gemaakt kan worden. De anticipatieve heffing is immers definitief verworven en kan dus in geen geval worden teruggevraagd van de fiscus<sup>(47)</sup>. Een latere algemene vergadering zou bijgevolg niet meer over een reële keuzevrijheid beschikken, m.a.w. het bestuursorgaan zou de facto beslist heb-

ben en aldus zijn bevoegdheid overschreden hebben<sup>(48)</sup>. In vennootschappen waar het boekjaar samenvalt met het kalenderjaar moe(s)t voor de bijzondere liquidatiereserve dus een bijzondere algemene vergadering worden bijeengeroepen<sup>(49)</sup>, althans voor aanslagjaar 2013. Voor aanslagjaar 2014 belet niets dat de algemene vergadering al een beslissing neemt tijdens de jaarvergadering die zich over boekjaar 2015 buigt (als het niet al gebeurd is samen met de beslissing over de bijzondere liquidatiereserve voor aanslagjaar 2013; zie nr. 4). Indien de algemene vergadering zich vergat uit te spreken over een bijzondere liquidatiereserve voor aanslagjaar 2013, maar de heffing wel werd betaald, doet de vennootschap er goed aan de beslissing zo spoedig mogelijk expliciet te laten bekrachtigen door de algemene vergadering.

## 10. Chronologie bij de gewone liquidatiereserve.

Tot de aanleg van een gewone liquidatiereserve kan de algemene vergadering eenvoudig beslissen bij de goedkeuring van de jaarrekening. De heffing is pas nadien verschuldigd, zodat de betaling daarvan binnen de uitvoeringsbevoegdheid van het bestuursorgaan past. Wel zal het bestuursorgaan de liquidatiereserve en de heffing reeds voorlopig opnemen in zijn ontwerp van jaarrekening<sup>(50)</sup>. De CBN is daarom van mening *“dat de afzonderlijke aanslag moet worden geboekt bij de eindejaarsverrichtingen op inventarisdatum [m.a.w. datum van afsluiting van het boekjaar] en deze boeking niet mag worden uitgesteld tot het volgende boekjaar”*<sup>(51)</sup>. Men neemt aan dat dat ook geldt voor de liquidatiereserve zelf<sup>(52)</sup>. Volgens de huidige opvatting kan de algemene vergadering in de ontwerpjaarrekening weliswaar enkel de winstbestemming wijzigen<sup>(53)</sup> als zij liever geen liquidatiereserve aanlegt, en dus niet de voorlopige boeking van de heffing. Zelfs als het bestuursorgaan die boeking niet meer aanpast voor dat boekjaar, creëert dat geen onoverkomelijke problemen, daar deze onder de post van “geraamde belastingen” staat.

45. A.M. VANDEKERKHOVE, “Liquidatiereserve kan onder de vorm van wettelijke reserve”, *Fisc. Act.* 2015, afl. 8, (1) 2.

46. Vgl. de goedkeuring van bestuurdersbezoldiging via de goedkeuring van de jaarrekening : S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta (Biblo), 2015, 547.

47. Art. 541, § 4, laatste lid WIB.

48. S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta (Biblo), 2015, 529-557.

49. Zie A.M. VANDEKERKHOVE, “De bijzondere liquidatiereserve : let op de juiste procedure”, *Fisc. Act.* 2015, afl. 31, (1) 2.

50. Zie art. 26, § 1 KB/W.Venn.

51. CBN-advies nr. 2015/2 van 13 mei 2015, Boekhoudkundige verwerking van de liquidatiereserve (Programmawet van 19 december 2014) en de afzonderlijke aanslag op deze liquidatiereserve, 2.

52. W. VANDENBERGHE, “CBN brengt advies uit over liquidatiereserve en afzonderlijke aanslag op liquidatiereserve”, *Fisc. Act.* 2015, afl. 9, (1) 1-2.

53. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 712; S. COOLS, *De bevoegdheidsverdeling tussen algemene vergadering en raad van bestuur in de NV*, Roeselare, Roularta (Biblo), 2015, 564-576; F. DE BAUW, *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Brussel, Bruylant, 1996, 236-237; B. TILLEMANS, *De geldigheid van besluiten van de algemene vergadering*, Kalmthout, Biblo, 1994, 229. Zo ook CBN-advies nr. 2015/2 van 13 mei 2015, Boekhoudkundige verwerking van de liquidatiereserve (Programmawet van 19 december 2014) en de afzonderlijke aanslag op deze liquidatiereserve, 2.

## 4. Het vennootschapsbelang

**11. Het vennootschapsbelang in enge zin.** Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt is de liquidatiereserve een merkwaardige figuur. De wetgever is immers niet zomaar (ogenschijnlijk; zie nr. 3) teruggekeerd naar het oude belastingtarief voor liquidatieboni uit liquidatiereserves (en milder geworden voor dividenden), maar hij heeft ook een verschuiving van de belastingdruk bewerkstelligd. In plaats van een bronheffing die verrekenbaar is met de belasting van de aandeelhouder (zoals bij de roerende voorheffing bij de gewone dividenduitkering, de gewone vereffening én de interne vereffening) komt nu een bijzondere heffing ten laste van de vennootschap. De betaling van die heffing doet meteen ook het eigen vermogen en bijgevolg ook de notionele interestaftrek slinken (zeker op lange termijn; zie nr. 3), en kan niet worden gecompenseerd met overschotten van voorheffingen en voorafbetalingen<sup>(54)</sup>. Economisch gezien is er weliswaar weinig verschil met een roerende voorheffing (die eveneens de vennootschap moet inhouden), althans zolang alle aandeelhouders gelijk delen in de winst (zie echter nr. 13) en abstractie makend van het feit dat de heffing niet verrekenbaar en definitief verworven is (zie nr. 9), ook al is de uitkering toekomstig en dus onzeker (zie verder in dit randnummer). Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt doet de verschuiving, samen met het gegeven dat de vennootschap er vrijwillig voor kiest, echter de vraag rijzen of de beslissing tot aanleg van een liquidatiereserve wel het vennootschapsbelang dient.

Voor de beoordeling van het vennootschapsbelang is het instructief een blik te werpen op de gewone dividenduitkering. Ook daar betaalt de vennootschap vrijwillig een bedrag, om aan de aandeelhouders een voordeel te bezorgen (daar dan het dividend zelf, hier de besparing van roerende voorheffing), zonder dat er een directe tegenprestatie tegenover staat. Niet toevallig woedt daarom ook in deze context een oude discussie, vooral in rechtseconomische literatuur, over het precieze nut van dividenduitkeringen voor de vennootschap<sup>(55)</sup>. Toch lijkt het geen twijfel dat de dividenduitkering een legitiem en belangrijk onderdeel van het vennootschapsbeleid uitmaakt. De

vennootschap is immers gericht op het maken en verdelen van winst<sup>(56)</sup>, wat als een soort vergoeding voor de terbeschikkingstelling van het kapitaal kan worden gezien. Bij de liquidatiereserve met anticipatieve heffing is het doel strikt genomen niet de verdeling van de winst, maar het optimaliseren van de belastingen van de aandeelhouders op de uitkering daarvan. Toch is het verdedigbaar dat de vennootschap daar belang bij heeft. Op die manier kan zij immers tegen een kleinere kost eenzelfde netto-uitkering aan de aandeelhouder doen en verlaagt zij dus de kost van haar kapitaal. Bovendien wordt het vennootschapsbelang in enge zin doorgaans omschreven als het collectieve winstbelang van de aandeelhouders op lange termijn<sup>(57)</sup>. De uitkering van dividenden op een manier dat de aandeelhouders een groter bedrag netto overhouden, draagt daar zonder twijfel toe bij.

Om te bepalen of de aandeelhouders wel degelijk een groter bedrag aan de uitkering overhouden, moet men rekening houden met twee complicaties. Ten eerste hangt deze bepaling af van de samenstelling van het aandeelhouderschap, aangezien sommige aandeelhouders geen belang hebben bij een liquidatiereserve. Hoewel het gelijkheidsbeginsel nauw verwant is met het leerstuk van het vennootschapsbelang<sup>(58)</sup>, wordt deze complicatie verder (nrs. 14-17) besproken. Ten tweede staat ook voor de andere aandeelhouders op het ogenblik van de beslissing nog niet vast of er wel een voordeel uit zal volgen. De cijfers kunnen zo diep in het rood gaan dat er van een dividenduitkering of liquidatiebonus geen sprake meer is. In het licht van het definitief verworven karakter van de anticipatieve heffing (zie nr. 9) neemt de vennootschap dus een risico, maar dat kan gerechtvaardigd zijn door de substantiële besparing die eruit kan volgen. Het zal aan de vennootschap zijn om de kans in te schatten dat het effectief tot een uitkering komt. Indien de verwachte waarde (de optelsom van (i) de kans op een besparing maal het bedrag van de besparing en (ii) de kans op een nutteloze kost maal het bedrag van die kost) van de beslissing positief is, is het (eng begrepen) vennootschapsbelang er - vanuit risico-neutraal perspectief - mee gediend.

- 
54. C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2015*, Brussel, Larcier, 2015, 1496; P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "De saga rond belastingheffing op winstuitkeringen duurt voort", *TEP* 2015, (83) 88.
55. Zie vooral F. EASTERBROOK, "Two Agency-Cost Explanations of Dividends", *American Economic Review* 1984, 650-659; M. JENSEN, "Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers", *American Economic Review* 1986, 323-329; R. LA PORTA et al., "Agency Problems and Dividend Policies Around the World", *Journal of Finance* 2000, 1-33.
56. Zie art. 1 W.Venn.
57. A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 446-502; K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap - Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 260-262.
58. A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 253-260; K. LAVEYT, "De gelijke behandeling van aandeelhouders", *RW* 2002-03, (1493) 1500-1501; J.-M. NELISSEN GRADE, "Het gelijkheidsbeginsel in het bijzonder bij inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering" in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblio, 1999, (629) 654-655.

**12. Het vennootschapsbelang in ruime zin.** In een ruimere opvatting beperkt het vennootschapsbelang zich niet tot de belangen van de aandeelhouders, maar omvat het die van de *stakeholders* (voornamelijk werknemers en schuldeisers, maar mogelijks ook de ruimere omgeving)<sup>(59)</sup>. De betaling van een anticipatieve heffing vermindert definitief<sup>(60)</sup> hun onderpand, terwijl alleen de aandeelhouders er de eventuele vruchten van plukken. Deze problematiek verschilt op zich niet veel van de gewone dividenduitkering, de materie bij uitstek waarin aandeelhouders het vennootschapsbelang niet altijd ten volle uitputten<sup>(61)</sup>. Niettemin bestaan er een aantal belangrijke verschillen. Anders dan de dividenduitkering is de betaling van de anticipatieve heffing zelf niet onderworpen aan de beperkingen van art. 617 W.Venn. De liquidatiereserve kan steeds worden aangelegd uit winst van het boekjaar, ook wanneer de vennootschap overgedragen verliezen meesleept<sup>(62)</sup>. In het voordeel van de schuldeisers speelt dan weer dat bij een liquidatiereserve de uitkering zelf wordt uitgesteld. De aandeelhouders hebben er al die tijd belang bij dat de vennootschap geen verlies maakt. Op het ogenblik van een dividenduitkering uit de liquidatiereserve gelden dezelfde beschermingsmechanismen als bij een gewone dividenduitkering.

## 5. Gelijkberechtiging van aandeelhouders

**13. Belangentegenstellingen onder de aandeelhouders.** Aandeelhouders-natuurlijke personen hebben in principe baat bij de aanleg van een liquidatiereserve. Voor hen maakt de liquidatiebonus, voor zover betaald uit de liquidatiereserve, geen deel uit van het belastbaar inkomen<sup>(63)</sup>. Zij betalen er dus geen verdere belasting meer op. Op een dividend betaald uit de liquidatiereserve betalen zij slechts een verminderd tarief (zie nrs. 3 en 4). Voor de aandeelhouder-rechtspersoon die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting is de constructie echter

nadeliger dan een gewone dividenduitkering of liquidatiebonus<sup>(64)</sup>. Bovenop de 10 % anticipatieve heffing die de vennootschap heeft betaald, moeten zij ook nog vennootschapsbelasting betalen op (indien de DBI-regeling toepassing vindt, 5 % van<sup>(65)</sup>) de liquidatiebonus of dividenden, zonder dat de heffing daarmee kan worden verrekend<sup>(66)</sup>. Bij een gewone dividenduitkering of liquidatiebonus, daarentegen, kunnen zij eventuele<sup>(67)</sup> roerende voorheffing verrekenen met de vennootschapsbelasting (en een eventueel niet-verrekenbaar saldo zelfs laten terugbetalen)<sup>(68)</sup>.

Telt de vennootschap zowel natuurlijke personen als aan de vennootschapsbelasting onderworpen rechtspersonen onder haar aandeelhouders, dan bestaat er binnen de algemene vergadering dus een sterke belangentegenstelling tussen de aandeelhouders bij een eventueel besluit over een liquidatiereserve. In spiegelbeeld bestaat deze nu ook bij de beslissing tot een gewone dividenduitkering uit de winsten van het afgelopen boekjaar (waar de aandeelhouders-natuurlijke personen tegen gekant zullen zijn). Aandeelhouders mogen echter in hun eigen belang stemmen en hoeven het belang van andere aandeelhouders hooguit te ontzien<sup>(69)</sup>. Aangezien de belangen van de ene groep niet buitenproportioneel groter of kleiner zijn dan die van de andere, zal het ook moeilijk zijn om een besluit nietig te laten verklaren wegens misbruik van (stemrecht door de) meerderheid<sup>(70)</sup>.

**14. De moeilijke verhouding met aandeelhoudersgelijkheid.** Een heikele en tot dusver onbeantwoorde vraag is hoe de aanleg van een liquidatiereserve zich verhoudt tot de vereiste van gelijke behandeling van aandeelhouders, wanneer de constructie voordeel brengt aan sommigen en nadelig is voor anderen onder hen. Zoals zo-even aangestipt, rijst dezelfde vraag voortaan ook bij de gewone uitkering van dividenden (uit andere reserves dan liquidatiereserves of uit overgedragen winsten), omdat sommige aandeelhouders nu dividenden uit een liquidatiereserve verkiezen. Het beginsel van de gelijke behan-

- 
59. Zie o.m. A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 621-648; Y. MERCHIEERS, "De vennootschap : juridisch kader voor de onderneming in haar maatschappelijke dimensie", *TPR* 1988, (357) 376-381.
60. Zoals in randnummer 9 toegelicht, is de heffing definitief verworven.
61. Recent nog J. VANANROYE, *Organisatierecht : werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 10-13.
62. Zie memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 672/1, 17.
63. Art. 21, eerste lid, 11° WIB.
64. Dezelfde problematiek doet zich ook voor wat buitenlandse vennootschappen betreft die een vermindering van roerende voorheffing kunnen vragen op basis van een dubbelbelastingverdrag of op basis van de Moeder-Dochterrichtlijn. In deze uiteenzetting wordt daar niet verder op ingegaan.
65. Artt. 202, § 1, 1° jo. 204, eerste lid WIB.
66. P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "De saga rond belastingheffing op winstuitkeringen duurt voort", *TEP* 2015, (83) 91.
67. Indien niet vrijgesteld krachtens art. 106, § 6 KB/WIB.
68. Art. 279 WIB.
69. P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, Fonteyn, 1947, 82-83; K. GEENS en M. WYCKAERT, *De vennootschap - Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, 262-265; J. RONSE, *Algemeen deel*, Leuven, Acco, 1975, 406.
70. Om tot een dergelijk misbruik te besluiten, is vereist dat de aandeelhouder een belang nastreeft dat buiten redelijke verhouding staat tot het nadeel dat daaruit volgt voor de andere aandeelhouders of de vennootschap (Cass. 30 januari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 497, *Pas.* 1992, I, 475, *RCJB* 1994, 185, noot P. FORIERS, *RW* 1993-94, 1023; H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 442).

deling van aandeelhouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, is neergelegd in art. 551bis W.Venn. en maakt meer algemeen een fundamentele regel uit van het vennootschapsrecht<sup>(71)</sup>.

Of de aanleg van een liquidatiereserve (of de gewone dividenduitkering) in lijn is met het gelijkheidsbeginsel hangt ervan af of men dit beginsel een formele dan wel een materiële invulling geeft. Puur formeel beschouwd, roept zij geen ongelijkheid in het leven. Ten aanzien van de vennootschap maakt het immers geen verschil uit of aandeelhouders natuurlijke personen zijn dan wel aan de vennootschapsbelasting onderworpen rechtspersonen : de gelijke behandeling vergt dan veeleer dat ze in verhouding tot hun inbreng delen in de winsten<sup>(72)</sup>. Daaraan wordt niet, en mag in de formele visie zelfs niet worden getornd<sup>(73)</sup>.

Hanteert men een materieel gelijkheidsbeginsel, dan moet men ook rekening houden met aan de vennootschap externe omstandigheden, *in casu* de zin of onzin van de liquidatiereserve voor aandeelhouders-natuurlijke personen resp. aandeelhouders-rechtspersonen (onderworpen aan de vennootschapsbelasting). De vennootschap kan de aandeelhouders dan ongelijk behandelen wanneer dat redelijk en objectief te verantwoorden valt, rekening houdend met het vennootschapsbelang<sup>(74)</sup>. Volgens de voorstanders van een materieel criterium kan het gelijkheidsbeginsel enkel op die manier naar behoren functioneren in situaties “*waarin de vennootschap, d.w.z. de collectiviteit van de aandeelhouders, door een of andere operatie nadeel heeft geleden, terwijl bepaalde aandeelhouders hiervoor elders compensatie vinden*”<sup>(75)</sup>. In deze optiek is de betaling van de anticipatieve heffing voor de uitkering van dividenden aan aandeelhouders-natuurlijke personen en aandeelhouders-rechtspersonen (onderworpen aan de vennootschapsbelasting) problematisch. Om dit te corrigeren, zou de algemene vergadering er bij de winstbestemming aan kunnen denken om dividenden aan aandeelhouders-natuurlijke personen uit een liquidatie-

reserve te betalen, en dividenden aan aandeelhouders-rechtspersonen (onderworpen aan de vennootschapsbelasting) uit de gewone reserves of overgedragen winst te betalen, eventueel vermeerderd met het bedrag van de op die manier vermeden anticipatieve heffing. Omdat nog veel betwisting bestaat over de invulling die het gelijkheidsbeginsel in het vennootschapsrecht moet toekomen en een perfect gelijke behandeling onbereikbaar is (de vennootschap kan onmogelijk rekening houden met ieders individuele belastingsituatie), en zelfs abstractie gemaakt van de mogelijke fiscale bezwaren die verder aan bod komen, dreigt dit echter aanleiding te geven tot eindeloze betwistingen.

**15. Statutaire of unanieme afwijking als oplossing ?** Een eerste oplossing voor een vennootschap die zowel aandeelhouders-natuurlijke personen als aandeelhouders-rechtspersonen (onderworpen aan de vennootschapsbelasting) heeft en ze materieel gelijk wil behandelen, zou er eventueel in kunnen bestaan de formeel ongelijke behandeling in de statuten in te schrijven. De gelijke deelname in de winst naargelang de inbreng<sup>(76)</sup> is immers louter suppletief, wat betekent dat de statuten vrij een ander criterium voor de winstverdeling kunnen voorschrijven, zolang er geen sprake is van een leonijs beding<sup>(77)</sup>. Dat laatste is hier niet het geval, omdat geen enkele aandeelhouder (quasi-)volledig uitgesloten wordt van deelname in de winst<sup>(78)</sup>. Het onderscheid tussen aandeelhouders-natuurlijke personen en aandeelhouders-rechtspersonen is objectief waarneembaar, zodat het eventueel ook zonder de creatie van categorieën van aandelen (zie nr. 15) in de statuten kan worden ingevoerd<sup>(79)</sup>. Indien mogelijk is een unaniem besluit in de algemene vergadering aanbevolen om elke twijfel weg te nemen over de vennootschapsrechtelijke geldigheid van de toekenning van ongelijke rechten<sup>(80)</sup>.

De algemene vergadering zou aldus een liquidatiereserve kunnen opbouwen met de afspraak om na vijf jaar een dividend uit te keren volgens een combinatie-systeem : aan de aandeelhouders-natuurlijke

- 
71. J.-M. NELISSEN GRADE, “Het gelijkheidsbeginsel in het bijzonder bij inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering” in JAN RONSE INSTITUUT (ed.), *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, (629) 632-633.
72. Zie S. FRANCIS, “Aandeelhoudersgelijkheid : mythe of fundamenteel principe?”, *TRV* 2010, (621) 622.
73. D. VAN GERVEN, “De gelijkheid en gelijke behandeling van vennoten onder Belgisch recht” in H.-J. DE KLUIVER en J. WOUTERS (eds.), *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1998, (151) 164. Zie ook T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, I, Antwerpen, Kluwer, 1996, 828.
74. Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Brussel, Bruylant, 2004, 299 en 401-402; H. LAGA, “Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht”, *RW* 1991-92, (1161) 1168 en 1172-1173.
75. S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 80-81. Zo ook K. GEENS, “De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies”, *TRV* 1988, (33) 69.
76. Art. 30 W.Venn.
77. Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Brussel, Bruylant, 2004, 301-302, 325-326, 469-470 en 537-540.
78. Art. 32 W.Venn. Zie C. CLOTTENS, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen*, Antwerpen, Biblo, 2012, 174-175.
79. Zie Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Brussel, Bruylant, 2004, 541-542 en 544.
80. H. LAGA, “Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht”, *RW* 1991-92, (1161) 1168.



personen een dividend uit de liquidatiereserve en aan de aandeelhouders-rechtspersonen een dividend uit andere reserves, vermeerderd met de voor hen niet-betaalde anticipatieve heffing. Theoretisch is de vennootschap op die manier aan alle aandeelhouders evenveel kwijt, terwijl alle aandeelhouders het best mogelijke belastingregime genieten. De praktische uitvoering is niettemin complex : om te vermijden dat de aandeelhouders-rechtspersonen slechter af zijn dan bij een gewone dividenduitkering, zou men de bijkomende 10 % moeten vermeerderen met interest; na een overdracht van aandelen tussen rechtspersonen en natuurlijke personen zal de liquidatiereserve niet meer precies de juiste grootte hebben; één tegenstem volstaat om een unaniem besluit te torpederen; etc. Een tegenstem zou vermoedelijk meestal van een aandeelhouder-rechtspersoon komen, omdat voor hem de gewone dividenduitkering niet ongunstiger is. Een mogelijke oplossing kan daarom zijn de vermeerdering van zijn dividend met het bedrag van de anticipatieve heffing plus interest royaal te berekenen. Op die manier hebben alle partijen financieel het meest baat bij het combinatie-systeem en vermindert het risico op geschillen. Wanneer deze toevoeging op een forfaitair bedrag gezet wordt, zijn meteen ook heel wat waarderingsmoeilijkheden bespaard.

De vraag rijst evenwel of de fiscus zal aanvaarden dat beide groepen aandeelhouders elk een ander soort dividend krijgen. Hij zou immers kunnen stellen dat de algemene vergadering enkel de hoogte van het dividend bepaalt, maar dat geld (hier : het dividend) geen kleur heeft en elke aandeelhouder dus een proportioneel deel gekregen heeft zowel van de liquidatiereserve als van de gewoon uitgekeerde winst. Eventueel zou de fiscus er zelfs fiscaal misbruik in kunnen zien, op grond dat de aandeelhouders aanspraak maken op een belastingvoordeel in strijd met de doelstelling van de wet<sup>(81)</sup>. Dat de *ratio legis* geschonden zou zijn, is weinig overtuigend. De anticipatieve heffing bij de liquidatiereserve is bedoeld als een voorschot op of vervanging van de toekomstige roerende voorheffing. Welnu, bij de aandeelhouder-rechtspersoon is die niet als zodanig verschuldigd (zie nr. 13), zodat het geen zin heeft voor hem een anticipatieve heffing te betalen. De fiscus kan ook moeilijk verwachten dat de vennootschap haar aandeelhouders (materieel) zeer ongelijk behandelt, hetgeen zonder correctie het geval zou zijn (zie nr. 14). Niettemin doet de vennootschap die deze

correctie overweegt, er goed aan voorafgaand een fiscale ruling aan te vragen.

**16. Categorieën van aandelen als oplossing ?** Om de formele en de materiële gelijkheid beter te laten samenvallen en niet elke keer een unaniem besluit nodig te hebben voor de zekerheid, zou men kunnen overwegen twee categorieën van aandelen te creëren, waarbij elke categorie aan één van beide regimes uit bovenstaand combinatie-systeem onderworpen wordt. De latere besluitvorming is dan onderworpen aan art. 560 W.Venn.<sup>(82)</sup>. Om het fiscale bezwaar te ondervangen dat geld een genuszaak is, zou men eventueel het ene jaar de 'liquidatiereserve-categorie' een dividend kunnen toekennen en het andere jaar (of zelfs interim of tussentijds) de andere categorie (maar dan uit de gewone winsten of reserves). De praktische uitvoering is echter nog ingewikkelder dan in de vorige oplossing, zeker in vennootschappen met overdraagbare aandelen. De waardering van een aandeel wordt moeilijk wanneer aandelen worden overgedragen op een ogenblik dat al een liquidatiereserve bestaat die nog niet werd uitgekeerd. Kan in een conversie-mogelijkheid voorzien worden voor het geval een rechtspersoon zijn aandeel wil overdragen aan een natuurlijke persoon, of omgekeerd ? Wat als geen liquidatiereserve meer beschikbaar is ? Kan de vennootschap dan toch nog aan iedereen een gewoon dividend uitkeren ? Zelfs de meest spitsvondige juridische raadgever zal aan deze vragen een hele kluit hebben. Bovendien blijft dezelfde twijfel bestaan over de toepasselijkheid van de fiscale antimisbruikbepaling.

**17. Holdingvennootschappen als oplossing ?** Aandeelhouders-natuurlijke personen die geconfronteerd worden met een meerderheid van aandeelhouders-rechtspersonen, die zowel de liquidatiereserve als het net beschreven combinatie-systeem verwerpen en enkel gewone dividenden goedkeuren, hoeven daarom de fiscale voordelen van de liquidatiereserve nog niet meteen op te geven. Zij kunnen eventueel zelf een holdingvennootschap oprichten die de aandelen in de operationele vennootschap aanhoudt en waarin ze zelf, in functie van hun specifieke noden (vb. aantal jaren voor het pensioen), beslissen of de holding een liquidatiereserve aanlegt. Vaak zullen ze voldoen aan de voorwaarden voor het DBI-regime<sup>(83)</sup>, in welk geval ze op een dividend van 100 EUR van de operationele vennootschap slechts 1,7 EUR (= 33.99 % van 5 EUR) vennootschapsbelas-

81. Art. 344, § 1 WIB.

82. Dit artikel vindt immers toepassing op categorieën die niet over dezelfde winstrechten beschikken (E. POTTIER en A. COIBION, "Commentaire de l'art. 560 C. soc." in *Commentaire systématique du nouveau Code des sociétés*, Brussel, Kluwer, losbl.).

83. Artt. 202 *jo.* 204 WIB.

ting betalen. Na betaling van een anticipatieve heffing van 9,09 % op 98,3 EUR (= 8,94 EUR) blijft er nog 89,36 EUR over, die als liquidatiereserve kan worden geboekt en zonder verdere belasting kan worden uitgekeerd bij liquidatie van de holding. Op die manier is de holdingconstructie voordeliger dan de uitkering van een dividend (of het nu een gewoon dividend is of één dat uit de liquidatiereserve wordt uitgekeerd) aan een aandeelhouder-natuurlijke persoon in een operationele vennootschap die niet kan worden ontbonden op het ogenblik dat de aandeelhouder dat wenst.

Ook bij deze denkpiste hoort een dubbele fiscale caveat. Ten eerste is het aanbevolen bij de rulingcommissie te polsen of de holdingconstructie de toets aan de antimisbruikbepaling doorstaat. De natuurlijke persoon die deze opzet omdat de uitkerende vennootschap geen liquidatiereserve aanlegt, kan daarbij inroepen dat hij dat doet net om van een regeling te kunnen genieten die voor hem bedoeld is, en dat hij er ook niet minder belasting mee betaalt dan wanneer hij als natuurlijke persoon een dividend uit een liquidatiereserve zou ontvangen (wel integendeel). Ten tweede moet men bij de inbreng van aandelen in een holdingvennootschap rekening houden met het risico dat een eventuele gerealiseerde meerwaarde belast wordt aan 33 %<sup>(84)</sup>. Men overweegt daarom best al bij de aankoop van aandelen of een holdingvennootschap de moeite loont. Tot dusver was dat vaak het geval, maar wanneer de uitkerende vennootschap systematisch liquidatiereserves aanlegt, kan dat misschien net omgekeerd zijn.

## 6. Besluit

**18.** Over de gewone en de bijzondere liquidatiereserve is al heel wat inkt gevloeid, in eerste instantie om acute boekhoudkundige en fiscaalrechtelijke knelpunten op te lossen. Op een meer fundamenteel niveau is al onzekerheid gerezen over de grondwettelijkheid van de verschillende behandeling van grote en kleine vennootschappen en de conformiteit van de regeling met de Moeder-Dochterrichtlijn<sup>(85)</sup>. Vennootschapsrechtelijk beschouwd is het meest markante kenmerk van de liquidatiereserve dat de vennootschap zelf en vervroegd (een deel van) de belasting betaalt in verband met de winstuitkering, en dat dit bovendien niet aan alle aandeelhouders ten

goede komt. De vragen die daaruit voortvloeien in verband met de reservering, de bevoegdheid en het vennootschapsbelang zijn nog beheersbaar, maar de verhouding met de vereiste van gelijke behandeling van aandeelhouders blijft een netelige kwestie, zowel op theoretisch niveau als in de praktijk. Om de gelijkheid te waarborgen, zou men kunnen overwegen om dividenden uit verschillende bronnen uit te keren, eventueel mits creatie van verschillende categorieën van aandelen, of om een holdingvennootschap op te richten. Aan elke denkpiste zijn voordelen, nadelen en risico's verbonden, die verder onderzoek verdienen en die de praktijk in elk geval zal moeten afwegen.

84. Art. 90, 1° WIB.

85. F. DEBELVA en A.M. VANDEKERKHOVE, "De liquidatiereserve : de addertjes onder het gras", *Fisc. Act.* 2014, afl. 43, 7-11; A. EL JILALI en N. BISSCHOP, "La réserve de liquidation : retour à la raison ?", *C&FP* 2015, afl. 4, (2) 11-12; P. HINNEKENS en S. GOMMERS, "De saga rond belastingheffing op winstuitkeringen duurt voort", *TEP* 2015, (83) 84 en 93-94.